

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

AP5748-2022

Radicación n° 60648

Aprobado Acta n° 285

Bogotá D.C., siete (07) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

## 1. OBJETO DE DECISIÓN

Con el fin de verificar si reúne los requisitos formales que condicionan su admisión, la Sala examina la demanda de casación presentada por el defensor de JORGE LUIS GUTIÉRREZ SALAS en contra del fallo proferido el 21 de julio de 2021 por el Tribunal Superior de Santa Marta, que confirmó la condena emitida el 8 de agosto de 2019 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad, por el delito de acceso carnal abusivo con persona incapaz de resistir.

## 2. HECHOS

El 13 de enero de 2013, en horas de la noche, Ana María Ortiz Moreno se encontraba departiendo con unos amigos en un balneario ubicado en inmediaciones del Parque Tayrona, en Santa Marta. En esa oportunidad, decidieron sumarse a una “parranda vallenata” organizada por los comerciantes del sector.

En ese ambiente, Ana María Ortiz Moreno buscó algún tipo de acercamiento con un hombre

llamado Jaime, pero el mismo no se concretó. Igualmente, accedió a bailar en dos ocasiones con JORGE LUIS GUTIÉRREZ SALAS, uno de los músicos, pero se sintió incómoda con la cercanía corporal que este pretendía.

Cuando se sintió cansada por el trajín de los últimos días y por el efecto del licor que había consumido, decidió irse para la carpa destinada para el descanso. Lo hizo en compañía de una de sus amigas, el novio de esta última y el procesado. Sus compañeros decidieron regresar a la fiesta, mientras JORGE LUIS permaneció merodeando por el lugar.

Posteriormente, el procesado ingresó a la carpa. Allí, se atribuyó la identidad de otra persona (Jaime) y se aprovechó de la embriaguez, el cansancio y la somnolencia de Ana María Ortiz Moreno, para accederla carnalmente, sin que esta estuviera en capacidad de decidir sobre una interacción sexual con él.

Esa agresión le generó miedo intenso a la víctima, por lo que permaneció en la carpa, desnuda, hasta que pudo salir a pedir ayuda.

### 3. ACTUACIÓN RELEVANTE

Por estos hechos, el 3 de mayo de 2013 la Fiscalía le imputó el delito de acceso carnal abusivo con persona incapaz de resistir, previsto en el artículo 210 del Código Penal. Lo acusó en los mismos términos.

El 8 de agosto de 2019, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santa Marta lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 144 meses, tras hallar probado el delito incluido en la acusación. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El recurso de apelación interpuesto por la defensa activó la competencia del Tribunal Superior de Santa Marta, que confirmó la condena mediante proveído del 21 de julio de

2021, decisión que, a su vez, es objeto del recurso de casación impetrado por el mismo sujeto procesal.

#### 4. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal de casación prevista en el artículo 181, numeral 3º, de la Ley 906 de 2004, el casacionista plantea que el fallo es producto de diversos errores en la valoración de las pruebas.

Cuestiona que el Tribunal haya fundamentado la condena en el hecho que el procesado llevaba consigo (fue a buscar a su carpa) un condón, cuando ello se aviene a las políticas públicas orientadas a promocionar el uso de ese tipo de elementos para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual. Concluye:

El colegiado recae en FALSO JUICIO DE IDONEIDAD (sic), distorsiona el contenido objetivo, se cercena o aumenta su contenido; y FALSO JUICIO DE RACIOCINIO, valora la prueba sin observar la sana crítica, por lo que construye inferencias equivocadas al desconocer las reglas de la experiencia, de la lógica o de la ciencia. Al manifestar que se encuentra preparado el procesado para tener relaciones sexuales, mientras que la señora Ana Ortiz no; resulta desproporcionado, distorsionado, no obedece a las reglas de la lógica. Pues paseos de jóvenes que están en plena edad universitaria y viajando a sitios exóticos, turísticos, playas, piensan en rumbas, discotecas, amigos, conocer nuevas personas, bebidas embriagantes y todo esto va acompañado de sexo. Adicional a ello, el testimonio del señor GUTIÉRREZ es claro y puntual manifestando que ella le brindó cerveza y a su vez que estuvieron en la misma mesa compartiendo con la amiga de la presunta víctima y su novio, bailaron juntos, que solo estaban ellos cuatro en una mesa y algo claro que no puede dejarse pasar por alto, NO le ofreció trago o alguna bebida y que siempre fue atento.

Resalta que la realización de la relación sexual no está en discusión, pero ello, en sí mismo, no constituye delito. Añade:

Es más, el señor JORGE LUIS pudo haber sido descuidado, pudo creer que no había inconvenientes ante el acto sexual, tuvo tiempo de ir a su carpa, traer un preservativo, que botó afuera de la carpa, con tanta displicencia en su actuar transparente, se quedó corto en el examen de la señora ANA MARÍA, dejando de lado el deber objetivo de cuidado que le era exigible en ese momento, supuesto en el que también se impondría la absolució porque el delito imputado no admite otra modalidad (la culpa).

Sostiene, de otra parte, que el Tribunal no tuvo en cuenta, (i) que el dictamen rendido por el psiquiatra convocado al juicio oral se basa exclusivamente en los relatos de la víctima, y (ii) que esta Sala ha sostenido que este tipo de dictámenes se orientan a establecer el estado en que se encontraba la víctima al momento de los hechos y no para cuando se realiza el examen. Sobre esa base, concluye que,

El Ad-quem recae en falso juicio de idoneidad (sic), distorsiona el contenido objetivo, se cercena o aumenta su contenido; y falso juicio de raciocinio, valora la prueba sin observar la sana crítica, por lo que construye inferencias equivocadas al desconocer las reglas de la experiencia, de la lógica o de la ciencia.

Luego de transcribir apartes de la “entrevista psiquiátrica”, donde la víctima señaló que el procesado “fue hasta cariñoso”, plantea lo siguiente:

Aquí vemos el arrepentimiento que manifiesta emocionalmente la señorita ANA MARÍA, que es la sensación de rechazo o lamento, por no haber tenido el valor de desistir en ese momento, no por ser presionada, si no por la propia situación que ella refiere con respecto al artista mencionado tantas veces por ella, donde denota no haber estado en estado de indefensión, por el razonamiento que ella en su momento infiere sino un conformismo al no estar con quien deseaba, acabándose sus vacaciones.

Luego, incluye un acápite denominado “historia familiar de la entrevista”, para resaltar que los padres de la víctima están separados y que ello “implica un proceso largo y complejo

donde se pierde la estructura de la familia (...).".

Más adelante, al referirse a la conversación que tuvo la víctima con el sujeto que dijo llamarse Jaime, en el sentido que alguien se metió a su carpa atribuyéndose su nombre, sostiene que,

Los juzgadores incurrieron en errores de identidad en la apreciación de las pruebas, por cercenamiento de apartes de los que surge que ANA MARÍA no se hallaba en incapacidad de resistir cuando fue accedida por el procesado o, por la misma vía, que existía una enorme duda en torno a este ingrediente normativo extrajurídico predicable del sujeto pasivo.

En la misma línea argumentativa, hace hincapié en que no se demostró la ebriedad de la víctima, en cuanto no se practicaron estudios clínicos o de laboratorio sobre esa condición, luego de lo cual concluye:

(...)

En el derecho penal, al igual que en criminología y victimología se habla del principio de autorresponsabilidad conocido también como de la acción a propio riesgo, autopuesta en peligro, o autolesión, o de competencia de la víctima, para hacer referencia a la conducta de quien de alguna manera interviene o coproduce el resultado lesivo.

(...)

La nueva victimología se ocupa de varios aspectos, entre ellos el denominado "principio de autorresponsabilidad", que se apoya en cuatro criterios: (i) la víctima debe responder por su propio comportamiento; (ii) a la persona le corresponde evitar que su conducta sea la causa o antecedente del hecho; (iii) quien no toma las precauciones necesarias para proteger sus bienes jurídicos, no puede pretender que los demás se los defiendan; y (iv) quien no se auto responsabiliza hace dejación del bien jurídico y su conducta como autor de un hecho que lo

lesiona es atípica objetivamente.

Sostiene que, si los juzgadores hubieran considerado estos referentes, “habrían concluido en la aquiescencia de ANA MARÍA ORTIZ MORENO, no sólo frente al resultado que era bastante posible, seriamente potencial, sino frente a todo el proceso comportamental que condujo al resultado conocido”.

Con fundamento en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo confutado y emitir uno de reemplazo, de carácter absolutorio.

## 5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Corte encuentra oportuno reiterar que el recurso extraordinario de casación, conforme a los lineamientos del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede como un control constitucional y legal de las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos y garantías fundamentales, por los motivos señalados en las causales previstas por el legislador.

De la misma manera, que el inciso segundo del artículo 184 de la misma codificación ordena inadmitir a trámite la demanda cuando: el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

2. Analizada bajo las anteriores pautas la demanda presentada por el defensor de JORGE LUIS GUTIÉRREZ SALAS, se establece que no cumple las exigencias mínimas de orden formal y sustancial requeridas para su admisión. Estas las razones:

El memorista se refiere reiteradamente a errores de hecho, en las modalidades de falso juicio de identidad y falso raciocinio, pero no desarrolla adecuadamente la censura, lo que,

de entrada, conspira contra la posibilidad de que la demanda sea admitida.

Su primer argumento se orienta a cuestionar lo expuesto por el Tribunal acerca del condón que el procesado tenía a su alcance aquella noche. Aunque puede tener razón en la falta de conexión lógica entre esa circunstancia y el tema objeto de discusión, no puede perderse de vista que esa anotación no constituye un soporte relevante de la condena, puesto que esta se basa en el testimonio de la víctima y en las pruebas que le sirven de corroboración.

El memorista resalta que la denunciante bailó esa noche con el procesado y, además, le ofreció una cerveza. Parece dar a entender que, con ello, dio lugar al comportamiento objeto de reproche. Este argumento amerita los siguientes comentarios:

El censor se limita a exponer su punto de vista sobre esta parte de la declaración del procesado, sin tener en cuenta lo resaltado por los juzgadores en el sentido que la denunciante: (i) acepta haber bailado dos veces con GUTIÉRREZ SALAS, pero hizo énfasis en que se sintió incómoda con la manera como este lo hacía, (ii) solo se sintió atraída por otro hombre presente en el lugar (Jaime), y (iii) aunque el procesado le “coqueteó”, ella no correspondió a esas insinuaciones.

La argumentación del impugnante tiene como telón de fondo una postura notoriamente machista, pues da a entender que la víctima, por el hecho de haber accedido a bailar dos veces con el procesado y haberle ofrecido una cerveza, propició el abuso sexual.

Esa disertación es deleznable por sustentarse en prejuicios de género, razón suficiente para que sea desatendida como argumentación en el ámbito judicial y, con mucha más razón, como sustentación del recurso de casación. Ello, de conformidad con lo expuesto reiteradamente por esta Sala sobre la perspectiva de género con la que deben abordarse este tipo de casos (CSJSP849, 16 marzo 2022, Rad. 51402, entre muchas otras).

Por esa misma razón, todo lo expuesto en la demanda sobre la supuesta falta de cuidado de

la víctima y su incidencia en el ataque sexual, resulta inadmisibile como sustentación del recurso extraordinario. Ello, porque supone la imposición de un modelo de conducta a las mujeres, erigido en presupuesto para que no sean víctimas de ataques sexuales. Visto de otra manera, el discurso pone su acento en el comportamiento de la víctima, dando a entender que, bajo las condiciones mencionadas por el memorialista, puede justificarse una agresión sexual, lo que resulta a todas luces inadmisibile como sustentación adecuada del recurso objeto de análisis.

Por demás, el impugnante, en un párrafo aislado, insinúa que el procesado pudo actuar de forma imprudente o descuidada, pero no dolosamente. Esa disertación no puede tenerse como sustentación adecuada del recurso de casación, entre otras cosas porque: (i) no se aviene a la causal elegida, (ii) no fue desarrollada por el censor, y (iii) no tiene en cuenta lo reiterado a lo largo de la sentencia, en el sentido que el procesado aprovechó la oscuridad de la carpa donde estaba la víctima, su cansancio, los efectos del alcohol, y que incluso se hizo pasar por otra persona para consumir el acceso carnal.

De otro lado, afirma que no se allegaron pruebas técnicas de la embriaguez de la denunciante para cuando ocurrieron los hechos, desconociendo que, (i) el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004 está regido por el principio de libertad probatoria, y (ii) para referirse a ese hecho, los juzgadores se basaron en la prueba testimonial practicada durante el juicio oral. Así, por ejemplo, en el fallo de primer grado se resaltó lo dicho por Jaime Luis Anillo, en el sentido que vio a la víctima “bastante tomada”, lo que, según dice, se reflejó en su comportamiento, lo que dio lugar a que sus compañeros le hicieran bromas por su “éxito con las mujeres”.

El demandante hace también hincapié en que el procesado no le suministró licor a la víctima. Sin embargo, no explicó la trascendencia de este aserto, porque, como bien se anota en el fallo de primera instancia, no se le reprocha el que la haya puesto en situación de indefensión, sino que se haya aprovechado de la condición en que se encontraba.

Finalmente, sostiene que la víctima no estaba en incapacidad para decidir sobre la relación sexual y que lo sucedido realmente es que “no tuvo el valor” para ponerle fin a la misma cuando se percató que el hombre que llegó a su carpa no era Jaime, sino el procesado.

Esta disertación desconoce los aspectos centrales de la condena, resaltados en ambas providencias que, como se sabe, constituyen una unidad. Entre ellos: (i) la víctima decidió irse para su carpa en compañía de una de sus amigas, el novio de esta última y el procesado, producto del cansancio acumulado por el trajín de los días anteriores y del consumo de licor durante su estadía en esa zona, (ii) aunque estaba convencida de que la otra mujer se quedaría con ella, ésta decidió regresar al sitio donde se desarrollaba la “parranda”, (iii) bajo esas condiciones, la víctima se quedó sola, en una carpa oscura, (iv) el procesado, al percatarse de esa situación, permaneció “al acecho”, (v) cuando la denunciante estaba dormida, el procesado ingresó a la carpa y se hizo pasar por otra persona (Jaime), y (vi) de esa forma, logró acceder carnalmente a la mujer que, producto de su embriaguez, el cansancio y la somnolencia, no estaba en capacidad de decidir sobre la relación sexual con el procesado.

El impugnante, se insiste, no presenta una argumentación adecuada, orientada a demostrar que los juzgadores se equivocaron al declarar probados estos supuestos fácticos, o al sostener que la víctima nunca tuvo la intención de sostener relaciones sexuales con el procesado y que las mismas se produjeron porque éste se aprovechó de su embriaguez y las condiciones ya anotadas.

Se limita a afirmar, sin más, que la denunciante participó en el cortejo propuesto por el procesado (lo que es contrario a su testimonio y a lo expuesto por otros declarantes, según resaltan el Juzgado y el Tribunal), y, de esa forma, propició la relación sexual (lo que es inadmisibile como sustentación del recurso de casación, por las razones atrás expuestas).

Tampoco tiene en cuenta lo subrayado en el fallo de primer grado, en el sentido que la

embriaguez de la denunciante era notoria, al punto que se paraba frente al cantante (Jaime) en una “actitud insinuante” (según los testigos), lo que fue percibido por los presentes, incluyendo al procesado.

Desatiende igualmente lo expuesto en el fallo del tribunal sobre el estado de shock en que quedó sumida la víctima luego de ocurridos los hechos, quien permaneció desnuda y temerosa de que el agresor regresara, hasta que pudo salir en la mañana a pedir ayuda a un funcionario de la Defensa Civil y a sus compañeros de viaje. El Juzgado y el Tribunal se refirieron con amplitud al testimonio de la denunciante, así como a las pruebas que lo corroboran.

También deja de lado lo concerniente a la ausencia de motivos para que la denunciante faltara a la verdad con el propósito de perjudicar al procesado, a quien solo había visto esa noche. Y aunque destaca, asimismo, lo expuesto por la víctima en una declaración anterior al juicio, en el sentido que el procesado se comportó “cariñosamente”, deja también al margen lo expuesto en el párrafos anteriores, en torno a que no se trató de un acto violento, sino del aprovechamiento de un cúmulo de circunstancias que le impedían a la víctima decidir sobre una relación sexual con una persona en particular, lo que, sin duda, constituye un elemento crucial de las decisiones (libres y conscientes) en materia sexual

Finalmente, no puede pasar desapercibido lo que insinúa el memorialista sobre el supuesto consentimiento de la víctima para tener relaciones sexuales con otro sujeto (Jaime) y el hecho de que esa aquiescencia habilitaba al procesado para procurar también una relación sexual con ella.

Sin perjuicio de lo ya explicado en los párrafos precedentes sobre la ebriedad y la somnolencia de la víctima, así como los otros factores que le impedían decidir sobre la relación sexual con el procesado, el memorialista da a entender, sin más, que la identidad de la persona con la que se decide tener una relación sexual es irrelevante al momento

evaluar el consentimiento para ese tipo de interacciones, y que consentir la posibilidad de mantener relaciones sexuales con un hombre en particular envuelve una especie de aceptación general de mantenerlas con cualquier otro, lo cual es inaceptable.

Sin perder de vista, desde luego, que el censor no desarrolla estas ideas, ni explica su relevancia en el ámbito del recurso de casación, debe insistirse que este tipo de argumentaciones no pueden tenerse como sustentación del mismo, por sexistas, discriminatorias y, en todo caso, manifiestamente contrarias a la perspectiva de género que debe guiar la actuación judicial.

En síntesis, la demanda será inadmitida porque el censor: (i) estructura su alegación a partir de posturas que desatienden la perspectiva de género, (ii) en lugar de explicar los errores de los juzgadores frente a los aspectos medulares de la condena, así como su trascendencia en el ámbito del recurso de casación, se limita a exponer sus puntos de vista sobre la valoración de las pruebas, y (iii) da por ciertos algunos aspectos factuales, sin tener en cuenta los fundamentos expuestos por el Juzgado y el Tribunal para sustentar la tesis contraria.

3. Como de la revisión del expediente no se advierte la vulneración de garantías fundamentales que ameriten el ejercicio de las facultades oficiosas de la Corte en camino a su protección, se ordenará la devolución del proceso a la oficina de origen.

4. De conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra el presente auto procede el mecanismo especial de insistencia, dentro de los términos y parámetros desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ AP, 5 sep. 2012, Rad. 36578; 27 feb 2013, Rad. 37948, entre otros).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

**RESUELVE**

1.- Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de JORGE LUIS GUTIÉRREZ SALAS.

2.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia, según lo indicado en la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria